Background Paper **BP-237E**

ABORIGINAL LAND CLAIMS ISSUES

Wendy Moss
Peter Niemczak
Law and Government Division

September 1990
Revised July 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

92-05545/

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

Nº de cat. YM32-2-237-1991-07F

ISBN 0-660-93787-5

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ABORIGINAL LAND CLAIMS ISSUES

INTRODUCTION

Aboriginal land claims today involve much more than strictly legal questions about the collective property rights of aboriginal people. Contemporary land claims issues are not simply, or even primarily, concerned with determining an appropriate amount of monetary compensation for existing land rights or for lands improperly taken away. While such compensation is an important element, the issue of aboriginal land claims is often as broad as the more general field of "aboriginal rights." Aboriginal people assert that, in addition to outstanding land rights questions, a range of political rights issues have also remained unresolved since colonial times and have been largely ignored since Confederation.

Government policy distinguishes between two kinds of land claims. Specific claims are defined as claims arising from specific unfulfilled legal obligations of the federal government (such as unfulfilled treaty provisions respecting reserve land entitlement). Current federal policy allows for the settlement of such claims by land grants or cash compensation.

Comprehensive claims are essentially composed of a legal element and a factual element. The legal element is a viable legal claim to unextinguished aboriginal title through demonstrating that the territory in question is not covered by a treaty or a claims agreement and that aboriginal title has not been extinguished by the Crown. The factual element must demonstrate traditional and, under current policy, *continuing* use and occupancy of the claimed territory by the claimant group since "time immemorial."

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The broad-ranging nature of modern land claims is evident in these comprehensive claims, which are based upon unextinguished aboriginal title to land where the claimant group can establish a "traditional and continuing interest."(1) Negotiations of these claims typically involve compensation in various forms (money, land) and legal guarantees regarding resource use, control of local authorities such as school boards, and a voice in regulatory regimes affecting local concerns such as the environment. From the aboriginal perspective, these negotiations should necessarily include self-government matters in a comprehensive way. Current federal policy does not allow this, in order to avoid constitutional entrenchment of any self-government arrangement by operation of s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*.

Aboriginal rights, including aboriginal title, can be defined in a very general way as the pre-existing rights of the aboriginal people of this continent. These rights have their source in the period before aboriginal contact with European nations and have survived, to an undetermined degree, Euro-Canadian settlement and assertions of sovereignty. In the context of Canadian federalism, aboriginal rights define the relationship of aboriginal people, collectively and individually, with the federal and provincial governments. One of the most significant questions yet to be explicitly addressed by the Supreme Court is to what extent, if any, aboriginal peoples possess any residual sovereignty. This question has become even more critical since the enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms "existing aboriginal and treaty rights." Following the enactment of s. 35, First Ministers' Conferences on aboriginal rights between 1983 and 1987 failed to produce agreement on a definition of aboriginal rights, specifically an aboriginal right to self-government.

---

(1) *Comprehensive Land Claims Policy*, Minister of Indian Affairs and Northern Development, 1986.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

It is the view of some authorities that no one coherent theory satisfactorily explains how sovereignty over aboriginal peoples and their lands was accomplished in terms of 19th century international law. These authorities argue that the international legal theory used to rationalize the denial of the right to self-determination to indigenous people is problematic in view of the similar colonial experience of Third World peoples and the reasons advanced for recognizing their right to self-determination as a fundamental human right.(2)

The question is complicated, of course, by the fact that aboriginal people are not one undifferentiated group. They have historically distinguished among themselves as separate cultures, tribes, nations or peoples. These various groups experienced colonisation at different periods, and colonial and Canadian federal practice on the question of pre-existing aboriginal rights was inconsistent from one area to another.

Aboriginal land claims essentially arise from the failure of colonial and post-Confederation governments to address, precisely and adequately, the nature, content and scope of aboriginal rights to land, resources and political autonomy. Professor Sanders of the Faculty of Law at the University of British Columbia has described the development of colonial theory on aboriginal rights in Canada, as an *ad hoc* process that occurred as settlement moved westward; he has suggested that the legal doctrines commonly relied on to explain the acquisition of land and sovereignty are attempts to rationalize government practices after the fact:

> The various European powers which established colonies in the new world after 1492 did not begin with any theory of colonialism or any established law on the rights of indigenous populations. The Spanish debate on indigenous rights occurred after territories were captured. British theory came after British practice. The early British grants on the east coast of North America were silent on the question of indigenous

---

(2) For example, E.S. Gordon Bennett, *Aboriginal Rights in International Law*, Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, 1978.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> rights and even on the fact of indigenous populations.(3)

Even when colonial policy on aboriginal rights had developed into an identifiable body of principles and was eventually codified in the Royal Proclamation of 1763, it was inconsistently applied by colonial and post-Confederation governments.(4) This is evident from looking at a map of Canada showing the large part of the country that is covered by treaty agreements and the large part that is not.

The precise legal nature of aboriginal title remains to be determined by the courts. Consequently, claims negotiations operate under a rather large cloud of legal uncertainty. The Supreme Court of Canada has had few opportunities to address aboriginal title questions and when it has, remarkably little has been said about it. This may change over the next five years or so, as a result of a few carefully framed yet broadly based aboriginal title claims now working their way through the courts. The Gitskan-We'tsuwe'ten claim *(Delgamuukw* v. *The Queen)* recently rejected by the British Columbia Supreme Court (March 1991) raises some of the most critical issues a Canadian court has ever had to address in this area of the law. The indigenous plaintiffs in this case have asserted a claim to some form of residual indigenous sovereignty as well as property rights in their traditional territory.

To date, the Supreme Court of Canada has confirmed that aboriginal title is a legal concept forming part of the common law of Canada - but without determining to what extent the territory of Canada is still subject to this interest. It is clear that aboriginal title can only be surrendered or sold to the Crown. Significantly, the Court has said that aboriginal title has sources independent of statutory or other forms of government recognition - in other words, that it is a "pre-existing right." The Court has also said that aboriginal title is an interest in

---

(3) Douglas Sanders, *Aboriginal Self-Government in the United States*, Background Paper No. 5, *Aboriginal Peoples and Constitutional Reform*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, 1985, p. 3.

(4) Douglas Sanders, "Native People in Areas of Internal National Expansion" (1974) 38 Sask. Law Rev. 63.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

land that amounts to more than a right of use and occupancy. The Court has been very cautious in describing the nature of aboriginal title any further and has stated that it cannot be easily described in traditional property law terms (*Canadian Pacific Ltd.* v. *Paul,* [1989] 1 C.N.L.R. 47; *Guerin* v. *The Queen* [1984] 2 S.C.R. 335).

The legacy of the *ad hoc* development of indigenous land rights policy and ill-defined legal doctrines remains; large parts of British Columbia, the Yukon, the Northwest Territories and other parts of the country are not covered by any treaty and there is no definitive set of legal rulings that clearly define the nature and content of aboriginal title, the conditions required for it to subsist and how it may be extinguished.

Since the Supreme Court of Canada decision in *Calder* v. *A.G. of British Columbia* [1973] S.C.R. 313, recognizing the concept of aboriginal title as part of Canadian common law, the federal government has followed a policy of negotiating some of the land claims asserted by aboriginal people. The negotiation process available under the federal comprehensive claims policy provides an opportunity to settle certain claims through an administrative process. The claims recognized by the federal government are, essentially, those that the federal Department of Justice considers to have a sufficient legal basis to justify an out-of-court settlement. If a claim is judged "valid," and the Department of Indian Affairs accepts it for negotiation, the same Department has the mandate to negotiate a settlement and to allocate funds for claims research. Since 1973, federal policy has distinguished between "specific claims" (legal claims arising from federal obligations under treaties or from federal management of Indian assets (e.g., reserve lands and band funds) and "comprehensive claims" (claims based on unextinguished aboriginal title). The current federal policy statement on specific claims is a 1982 document entitled *Outstanding Business.* The original policy statement on comprehensive claims policy was entitled *In All Fairness* (1981). A revised policy statement was issued in March 1987 which modified some areas of the comprehensive claims policy but kept intact most aspects of the previous policy and process.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

To date, 28 comprehensive claims have been accepted for negotiation. The land claims process is frequently criticized as intolerably slow - some claims have been under negotiation for 15 years. Of the three or four existing modern claims settlements, only one, the Western Arctic Claims Settlement, is truly the product of the comprehensive claims policy process. The Cree, Inuit and Naskapi settlements covering northern and northeastern Quebec are products of independent negotiations in the early 1970s that perhaps inspired the current policy.

The number of specific claims under active negotiation is not necessarily limited to a given number but is in practice restricted by the budgetary allocation in a given year for settlement of these claims.

The aboriginal community's frustration with the comprehensive and specific claims policy is high. Despite a federal review in 1985 and a "revision" in 1986, the comprehensive claims policy is not much different from when it was first announced in 1973. Many commentators have stated that parts of the comprehensive claims process should be managed or at least monitored by an independent agency. There is also mounting pressure from a number of sources for the creation of an independent tribunal to deal with specific claims. Some observers have concluded that at the current rate, it will take well into the next century and perhaps even longer to deal with both specific and comprehensive claims.

SPECIFIC CLAIMS POLICY

Specific claims have been succinctly described by Mr. Justice La Forest, now of the Supreme Court of Canada:

> Basically, a specific claim is an allegation by the Indians that the Crown through its servants or agents has committed a wrong by maladministration of Indian matters or by breach of a treaty for which it ought to pay compensation.(5)

---

(5) G.V. La Forest, *Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Indian Claims,* prepared for the Office of Native Claims, DIAND, 1979, p. 9.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In the 1982 federal policy statement on specific claims entitled *Outstanding Business*, the federal government stated its willingness to deal with two broad classes of specific claims. The first class is made up of claims based on unfulfilled "lawful obligations" of the federal government (e.g., non-fulfillment of treaty obligations, obligations arising out of the *Indian Act* or other statutory instruments, obligations arising from improper administration or illegal disposition of reserve land or band funds).

The second class of specific claims relates to situations involving some prejudice to Indian interests in reserve lands but not creating a legal obligation on the part of Canada; this class appears to be limited to two specific types of circumstances:

1) failure to provide compensation for reserve lands taken or damaged by the federal government or any of its agencies under authority (e.g., the B.C. cut-off claims or expropriations for a public purpose);

2) fraud in connection with the acquisition or disposition of Indian reserve land by employees or agents of the federal government, in cases where the fraud can be clearly demonstrated.

The third main element of the 1982 policy is the federal government's commitment to examine each case on its merits and not to rely on technical legal defences (statutes of limitation, doctrine of laches) to reject negotiation of a claim. The government has, however, reserved its right to use such defences in litigation, and apparently does so in negotiations to discount the question of compensation claimed.(6)

Since the publication of *Outstanding Business*, the Department of Indian and Northern Affairs has undergone some reorganization affecting the claims area. The process for dealing with specific claims described in the policy statement is unchanged, except that a Specific Claims Branch has taken over the role of the now dismantled Office of Native Claims for receiving, assessing and negotiating specific claims.

---

(6) Vic Savino, *The "Blackhole" of Specific Claims in Canada: Need It Take Another 500 Years?*, paper presented to Canadian Bar Association Conference, Winnipeg, April 1989, at p. 12.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Figures released by the Department of Indian Affairs reveal that the total number of specific claims "settled," in the sense that agreements have been reached with the parties concerned, is now at 47. Other claims have been processed with some degree of finality, but the degree of satisfaction of the native parties is not clear. For example, 44 claims have been rejected and 69 have been referred out of the specific claims process to other parts of the Department ("administrative referral"). In 52 cases the Department is taking no further action until more information is received from the claimant group ("closed file"). On this basis, the Department reports that 212 of the 606 claims submitted have been "resolved." Of the remaining 394, 292 are "in process" (of being negotiated) and 102 are in "other status" (suspended, under litigation or "claimant reassessment").(7)

The Minister of Indian Affairs, Tom Siddon, has said he would like to deal fairly with the outstanding specific land claims by the end of this century, and the Prime Minister has recently stated the government's intention to expedite the settlement process for both specific and comprehensive claims.

A recent Communiqué of the Department of Indian Affairs provides some details on government plans for a Specific Claims Commission and a Joint Indian/Government Working Group that would advise government on various matters relating to specific claims, including the working of the proposed Specific Claims Commission.(8) The Communiqué states that an Indian Specific Claims Commission would be established by Order-in-Council under Part I of the *Inquiries Act*, as an independent body and that "A band may go to the Commission when it disagrees with the Minister's rejection of its claim for negotiation. The Commission would make recommendations to the Governor-in-Council on whether the band has established that Canada has an outstanding lawful obligation as defined in the Specific Claims Policy." The Working Group would be composed of nominees of the Indian Affairs

---

(7) As of 10 July 1991.

(8) Indian and Northern Affairs Canada, *Communique* #1-9135, April 25, 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Minister and the Justice Minister and an equal number of members nominated by the Chiefs' Committee on Specific Claims. The Communiqué also announced some substantive policy change: the government will now consider specific claims arising from pre-Confederation treaties, a policy change long requested by native rights advocates.

The government's proposal keeps the existing process intact and adds additional steps. That is, there would be an opportunity to have Ministerial decisions on the validity of specific claims reviewed by the proposed Commission, but in a non-binding fashion. The proposed Commission also would have a mandate to review and make recommendations on criteria used in determining compensation if a claimant group so wished. Finally, claimants could still take matters to court if not satisfied with Commission recommendations or government decisions. The proposed commission would therefore be a review panel with no authority to bind either party by its decisions, rather than an adjudicative body. It appears that the Commission's mandate will be the object of study by a Joint Indian/Government Working Group announced in the same Communiqué. Among other matters, this Working Group may consider the following:

- the definition of a specific claim;
- validation criteria;
- compensation criteria;
- the working of the Specific Claims Commission;
- provincial involvement in the specific claims process.

Thus, the recommendations of the Working Group could address issues such as whether the Specific Claims Commission should have any adjudicative function and whether substantive aspects of claims policy (such as the definition of "specific claims") should be modified. The result of the working group process could be more substantial changes to policy and process if such recommendations are adopted by the Government. The creation of a tribunal and a task force with native representation to advise on its function is in some respects consistent with a recommendation of the 1988 Canadian Bar Association Committee Report, *Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action*. However, that recommendation anticipated

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

some form of adjudicatory function for a specific claims tribunal. While the Task Force represents a form of consultation, the government has been accused of using the device of Chiefs Committees and Task Forces to bypass consultations with the Assembly of First Nations.

One of the first actions taken towards establishing the Indian Specific Claims Commission was announced in a communiqué issued by the Department of Indian Affairs. This stated that Mr. Harry S. LaForme, a member of the Mississaugas of the New Credit Indian Band, had been appointed as Chief Commissioner of the Indian Specific Claims Commission and would assume his duties on 5 August 1991.(9)

COMPREHENSIVE CLAIMS POLICY

The federal government has had a comprehensive claims policy since 1973 but made it more explicit in 1981 by publishing a policy statement entitled *In All Fairness*. Since 1973, three comprehensive claims settlements (Final Agreements) have been ratified and are currently in operation:

1) the James Bay and Northern Quebec Agreement (1975)
2) the Northeastern Quebec Agreement (1978)
3) the Inuvialuit Final Agreement (1984)

In 1990, a Final Agreement was reached with the Dene/Metis in the Northwest Territories, as was an Umbrella Agreement with the Council of Yukon Indians. An Agreement-in-Principle was reached with the Tungavik Federation of Nunavut in 1990. The Yukon Agreement awaits ratification by the communities concerned. The Dene/Metis Agreement failed because it was not so ratified.

The federal government has recently lifted the limit on the number of accepted claims under negotiation. The comprehensive claims resolution process has been severely criticized in terms of policy and procedure. In response to widespread criticism, a federal task force chaired by Murray Coolican was struck in 1985 to review comprehensive

---

(9) Indian and Northern Affairs Canada, Communiqué #1-9173, 15 July 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

claims policy. The "Coolican Report," officially entitled *Living Treaties: Lasting Agreements*, was submitted to the government in December of 1985.

A. The Coolican Report

The Coolican Report recommended recasting federal policy objectives, by moving away from the goal of blanket extinguishment of all aboriginal rights and the view of aboriginal peoples and their rights as impediments to national economic growth. The Report suggested a new perspective in which claims resolution would be seen as negotiation of a social contract balancing the needs and rights of aboriginal societies with those of governments so as to ensure certainty of land ownership and development of land and resources.

The Report made a number of specific recommendations, summarized as follows:

- allowing alternatives to blanket extinguishment of aboriginal rights
- guaranteeing aboriginal participation in decisions about land and resource management
- including offshore rights in negotiations
- allowing for the possibility of resource revenue sharing
- allowing for pre-implementation of certain matters and for periodic review and adjustment of settlements (with reference to arbitration if necessary)
- acknowledging variation in benefits from settlement to settlement to reflect diverging economic needs and opportunities
- appointment of an independent Commissioner for Aboriginal Land Claims Agreements to monitor the process at all stages and to report to Parliament as needed
- use of framework agreements to ensure consensus at the beginning of negotiations about the key contents of a settlement and a timetable for negotiation and implementation(10)

---

(10) *Northern Perspectives*, Vol. 15, No. 1, January-April 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. The 1986 Statement of Comprehensive Land Claims Policy

In December 1986, the Honourable Bill McKnight, then Minister of Indian Affairs and Northern Development, announced a revised claims policy, the full text of which was published in March 1987. The government reaffirmed its policy commitment to resolution of comprehensive land claims through the negotiation of settlement agreements that are to provide certainty and clarity of rights to ownership and the use of land and resources in areas where aboriginal title has not been dealt with by treaty or superseded by law.

One significant change is that aboriginal groups are no longer required to extinguish *all* aboriginal rights, title and interests, but only those related to the use of and title to land and resources. Other aboriginal rights, to the extent they are defined through the constitutional process or recognized by the courts, are not affected by the policy. Certainty of title to land is required, but two options are available. Aboriginal groups may either:

> Convey all aboriginal title to settlement area lands, in exchange for grant-back of lands or land-related rights in agreed areas;
>
> or they may choose to:
>
> Convey aboriginal title to certain specified lands in claim area, and retain aboriginal title in selected lands.

In both cases other defined rights may apply in the entire settlement area.

Other aspects of the 1986 policy include the following:

- acknowledgement that land claims negotiations are more than real estate transactions;
- the range of negotiations is to be set by framework agreements beforehand;
- no land grants are to be made in areas of dispute between different aboriginal groups (overlapping claims);
- negotiations regarding harvesting rights (hunting, fishing, trapping) may include offshore areas;

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- preferential harvesting rights for aboriginal claimants on unoccupied Crown lands may be negotiated; exclusive harvesting rights on selected lands are possible as are preferential rights for particular species of animals in a settlement area;

- subsurface rights on some federal Crown land and on settlement lands may be granted;

- revenue sharing in resource royalties (including offshore areas) may be negotiated but may be subject to some limitation such as a "dollar cap", time cap or decreasing percentage; revenue sharing would not involve resource ownership rights and may be deducted from any cash settlement;

- aboriginal participation in environmental management may be negotiated in the form of membership on advisory committees or other similar bodies or through participation in government bodies that have decision-making powers;

- acknowledgment that "community self-government" may form part of claims negotiations but self-government arrangements must be within existing constitutional principles and be consistent with "government practices"; self-government will take the form of delegated federal authority and "most aspects of such arrangements will not receive constitutional protection unless a constitutional amendment to this effect is in force";

- provincial participation in negotiations is encouraged and provinces should contribute to settlements in exchange for certainty of title;

- acknowledgment that appropriate interim measures must be established to protect aboriginal interests while claims are being negotiated;

- settlements are not to prejudice existing third party interests including non-aboriginal subsistence hunters, general public recreation, etc.;

- claimants will be advised within 12 months of the acceptance or rejection of their claims;

- framework agreement negotiations will be initiated where the Minister views the likelihood of successful negotiations to be high, the settlement of claims a priority and where necessary provincial or territorial participation may be obtained;

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- a group must satisfy the Minister that it has a mandate to negotiate on behalf of the claimants;

- final agreements must be accompanied by implementation plans;

- a comprehensive Land Claims Steering Committee is to be established, composed of Assistant Deputy Ministers from the agencies and departments most involved, to review and provide advice to Ministers at all stages of the negotiation process.

C. Aboriginal Response to Coolican Report and the 1986 Policy Statement

While the Coolican Report was almost universally praised by aboriginal groups, the 1986 policy statement has been criticized for moving very little from previous statements and for:

- not dealing with difficulties in defining claims as specific as opposed to comprehensive;

- retention of the concept of aboriginal title being "superseded by law" (e.g., by local land grants);

- failing to deal with the issue of conflict of interest (i.e., the federal government's role in deciding which claims to accept for negotiation, sitting in judgment of their legal validity and generally controlling the process from beginning to end is considered inappropriate given that the government also has a role as a party with interests to protect);

- failing to adopt the Coolican Report's recommendations for a process of modifying settlements and appointment of an independent Commissioner for Aboriginal Land Claims Agreements.

A December 1986 study for the Assembly of First Nations (AFN) is reported to have concluded that the 1986 claims policy statement, along with federal policies on self-government and constitutional amendment strategies, amounts to a policy of terminating federal responsibilities to aboriginal people. The AFN view is that the government's 1986 policy statement does not represent any significant departure from former policies on aboriginal title.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CLAIMS POLICY ISSUES

Aboriginal people's criticisms of the process for submitting and negotiating a settlement of land claims - whether specific or comprehensive - have remained consistent over the years and have received support from a number of authorities. For example, a Committee of the Canadian Bar Association (CBA) conducted an analysis of aboriginal affairs policy in a document entitled *Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action,* which was adopted by the CBA at its 1989 annual meeting. The Committee concluded that a new policy environment was needed for land claims matters before any constructive and meaningful discussions could be expected.

Many substantive and procedural aspects of both claims policies have never been accepted by aboriginal peoples as fair or reasonable. This paper will briefly outline a few of these concerns.

A. Distinguishing Between Specific and Comprehensive Claims

One criticism of claims policy is the unclear distinction between specific and comprehensive claims. This is a major element of the well-publicized and ongoing dispute between the federal government and the Lubicon Lake Band. The Lubicon people were overlooked in the 1899 negotiations of Treaty No. 8, and a 1949 federal promise to supply a reserve has been embroiled in various delays and controversies.

A fundamental area of dispute is the federal position that the title of the Lubicon was extinguished by Treaty No. 8 because the territory to which the treaty was intended to apply includes Lubicon land. In this view, the Lubicon claim is essentially a treaty entitlement claim and therefore a specific claim, and the federal obligation is limited to compensation to be determined by the terms of the 1899 treaty. The Lubicon, on the other hand, consider themselves to have an unextinguished aboriginal title to their traditional lands and, therefore, a comprehensive claim, open to settlement on more expansive terms.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. Conflicts of Interest

The following quotation on the specific claims process from the CBA Report echoes many of the criticisms of the comprehensive claims process as well:

> Aboriginal leaders have expressed many times their perceptions of numerous conflicts of interest that the Specific Claims Branch may be in. First DIAND, which has been indicted as the cause of many of the claims filed, is asked to assess their "validity." Second, this same department controls access to the process and the funding. Third, the department acts to defend the federal government in reaching a compensation agreement with the Indian claimants; yet the department also has fiduciary or trust responsibilities to the Indian people to protect "Indians, and Lands reserved for the Indians," under section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. (11)

A number of authorities who have examined the federal land claims policy in recent years have focused particular attention on issues relating to process, in part because of conflict-of-interest issues and also because of the very slow rate at which both types of claims are settled. Some claims have been under negotiation for more than 15 years. Several authorities, and many aboriginal organizations, have recommended that the process for dealing with land claims, especially specific land claims, could be expedited and made more fair by involving some neutral third party to deal with some aspects. The notion of creating a quasi-judicial body to adjudicate specific land claims has been repeatedly suggested, most recently by the Canadian Bar Association, whose report recommended:

> After a thorough consultation with aboriginal people, perhaps with the utilization of a task force such as was used to develop the new policy on comprehensive claims, the federal government should proceed with the creation of a legislatively based specific claims tribunal with a clearly defined mandate to adjudicate the resolution of special claims.

---

(11) *Aboriginal Rights: An Agenda for Action*, p. 55.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In 1979, Mr. Justice La Forest concluded in a report for the government that:

> The need for impartiality and the appearance of impartiality as well as finality in determining Indian claims strongly argue for the establishment of an independent body separate from departmental structures for the settlement of specific claims.(12)

Comprehensive claims are regarded as less suitable for this kind of adjudication; successful settlements will likely involve a number of complex matters, such as the type of legislation to be applied in the settlement territory, that are more amenable to political settlement than judicial or administrative adjudication. However, recommendations have been made over the years for creation of an independent body to handle the allocation of research and negotiation funds to comprehensive claimant groups. Funding issues arose repeatedly in the negotiations with the Dene/Metis of the Northwest Territories. The House of Commons Standing Committee on Aboriginal Affairs in May 1991 recommended an independent body to advise government on which specific and comprehensive claims to accept. The Committee also recommended that, subject to consultations with aboriginal groups, the federal government:

- Establish a judicial tribunal independent of government to deal with the validity of specific claims and to recommend compensation required to meet valid claims;
- Establish an independent body to monitor and review the implementation of claims policy and of claims agreements to ensure fairness;
- Establish a National Mediation Service, independent of the Department of Indian Affairs and Northern Development and of the Department of Justice, composed of expert mediators in each region of the country acceptable to the parties involved. These people would be made available to apply their mediation skills to

---

(12) *Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Indian Claims*, prepared for the Office of Native Claims, DIAND, 1979, p. 64.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

prevent local land use conflicts from expanding into larger disputes.(13)

Proposals for claims commissions and other forms of third-party involvement have been made for many years in Canada. For example, Joint Committees of the Senate and the House of Commons in 1946-48 and 1959-61 recommended the creation of an Indian Claims Commission. Enabling legislation to establish such a Commission died on the Order Paper in 1963 and 1965. An Indian Claims Commission, with advisory powers only, was eventually created in 1969, with Dr. Lloyd Barber as the sole Commissioner. The Commission, which was eventually dismantled, was regarded by aboriginal organizations as powerless and, consequently, ineffective.

In June 1989, the federal government appointed a "Treaty Commissioner" to address outstanding treaty issues in Saskatchewan. In his report of May 1990, Commissioner Wright made recommendations on how to facilitate the settlement of treaty land entitlements (a category of specific claims) in Saskatchewan. The federal government views the use of a Treaty Commissioner and the Saskatchewan report as initiatives from which other treaty groups could benefit.

The 1990 Indian Commission of Ontario (ICO) report on aboriginal land claims policy, *Discussion Paper Regarding First Nations Land Claims*, concluded that the basic choice in considering models for claims resolution is between negotiation and adjudication. The Indian Commission of Ontario is an independent body established by joint federal-provincial Orders-in-Council in 1978 and intended to assist in the resolution of issues of mutual concern to Canada, Ontario and First Nations, including land claims issues. The ICO favoured empowering an independent commission such as itself with powers to motivate parties to negotiate in an expeditious fashion.

The *Discussion Paper Regarding First Nations Land Claims* of the Indian Commission of Ontario commented on concerns about adjudicative tribunals in the following manner: "There is a real and present concern by

---

(13) House of Commons, *The Summer of 1990*, Fifth Report of the Standing Committee on Aboriginal Affairs, Minutes of Proceedings and Evidence, Issue No. 59, May 1991, at p. 32.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the First Nations that any tribunal that may be established not model itself too closely on the practices and procedures of a court of law. This would appear to be the most common complaint regarding the United States Indian Claims Commission in that it followed the adversary system and played a wholly passive role of weighing evidence" (p. 87).

There are advantages and disadvantages to both negotiation and adjudication models. Doug Sanders has noted the potential for claims commissions to be élite, non-consensual models for change. On the other hand, Sanders has also questioned the assumptions he says underlie the current negotiations model of federal claims policy. These assumptions are:

1. that negotiations presume agreement on what claims should be settled;

2. that there is a continuing government commitment to settle claims;

3. that governments will organize themselves properly to negotiate settlements; and

4. that there is equality of bargaining power between native and government parties.(14)

Sanders has concluded, "Something seems wrong with the assumptions behind the choice of negotiation alone as the best method of settling claims... If there is a real commitment to settle some of these claims, there seems little question we need new institutions."(15) Sanders also has compared the extreme slowness in settling claims in Canada under the negotiations model with the speed of the Aboriginal Land Commissioner's work and notes the problem of not having an institution in Canada to carry on previous commitments when federal or provincial governments change.

---

(14) Background Paper for the Canadian Bar Association Special Committee on Native Justice in 1988: *The Australian Aboriginal Land Commissioner*, publication forthcoming by the CBA.

(15) *Ibid.*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. Extinguishment of Aboriginal Title

There are fundamental differences between the government and aboriginal people on the appropriate goal of the claims settlement process. Governments are intent on achieving an extinguishment of aboriginal title. Aboriginal people, on the other hand, object strongly to the notion of extinguishment and see claims negotiations rather as an opportunity for the parties to work out an agreement on the practical implications of aboriginal title. On this issue, Georges Erasmus, National Chief of the Assembly of First Nations, has stated:

> We have opposed extinguishment on many grounds: our aboriginal rights flow from the ownership of the land; extinguishment severs our links with the past, and ensures that our future rights will flow from the government's granting of rights. This converts our rights into privileges. In addition, extinguishment prevents revival of our aboriginal rights when the government does not honour its agreement. And, finally, we oppose it because it is unnecessary.(16)

Extinguishment of aboriginal title is often seen by native rights advocates as extinguishing an aspect of inherent rights to self-government and not just property rights.

D. Aboriginal Title "Superseded by Law"

Federal land claims policy attempts to address some but not all of the aboriginal title claims currently being asserted. For example, the federal government generally refuses to acknowledge the validity of aboriginal title claims in most of the Maritime provinces and parts of British Columbia, claiming that aboriginal title there has been "superseded by law." The government argues that the actions of successive governments, before and after Confederation, in opening up lands for settlement, granting lands by letters patent, granting rights to third parties and setting aside Indian reserve lands, had the effect of overriding and

---

(16) Georges Erasmus, "Twenty Years of Disappointed Hopes," Introduction to *Drum Beat, Anger and Renewal in Indian Country*, Boyce Richardson, ed., Summerhill Press/The Assembly of First Nations, Toronto, 1989, at p. 17.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

implicitly extinguishing aboriginal title in all lands other than Indian reserves. This position is one of the most highly disputed aspects of federal claims policy. This controversial view of how aboriginal title could be extinguished prior to the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was recently supported by the B.C. Supreme Court case *Delgamuukw* v. *The Queen* (March 1991) and will be a major point of appeal.

The concept of aboriginal title superseded by law is also reflected in one of the requirements imposed by the federal government for acceptance of a comprehensive claim for negotiation: that the claimant group establish not only traditional use and occupancy of the territory claimed but must also show continued use and occupation. The Sechelt Band and the Musqueam Band in British Columbia have had claims rejected because they could not do this.

This requirement presents a number of problems for aboriginal claimants. It is not clear what degree of use by non-indigenous people is required to trigger rejection. It seems obvious that *exclusive* use and occupancy in the literal sense is not required, or else very few, if any, claims would be possible. There is no guidance on this point in the 1986 policy statement and some aboriginal people say that the requirement for current use and occupancy is a recent innovation that was not part of the 1981 comprehensive claims policy statement, *In All Fairness*.

The Sechelt Band has stated that this policy places bands located near urban centres at a particular disadvantage and argues that it penalizes aboriginal people who have tried to respect the law by respecting the contested title of non-indigenous people while seeking recognition of their own rights within the system. In a letter from the Sechelt Band Council to the Honourable William McKnight of 1 September 1988, the Band Council stated:

> We have traditionally complied with laws as they have been passed and done our best, as a people, to reconcile our own ways with those of our new neighbours... As a result, we Sechelts have withdrawn to those little pieces of land - formerly known as Indian reserves - as directed by the federal government. Now it would appear that we are to be severely penalized for having complied with the law. For example, we still hunt and fish, but we carry out these

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> activities according to Canadian law, not to provoke disputes over the extent of our aboriginal rights. Is the federal government now saying that if we were to hunt, fish and otherwise occupy our traditional lands in defiance of law, our claim would be validated? Please ponder the implications of this curious and quite disgraceful position.

E. Exclusion of Self-Government Agreements from Land Claims Agreements

The 1986 statement of comprehensive claims policy provides that "a new feature of the policy will be to allow for negotiation of a broader range of self-government matters." The policy statement also provides, however, that self-government arrangements negotiated through claims settlements will not receive constitutional protection "unless a constitutional amendment to this effect is in force." This means that the government prefers to negotiate self-government arrangements separately from other matters in order to avoid entrenchment pursuant to s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*. This subsection provides that the recognition and affirmation of existing treaty rights in s. 35(1) includes "rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired."

The Final Agreements reached in the Yukon and the Northwest Territories are examples of how this aspect of claims policy has been implemented so far. They both provide for the negotiation of separate agreements on self-government. Delegated federal authority is contemplated and specific provision is made so that these self-government agreements shall not be construed as aboriginal and treaty rights within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Both claimant groups, however, will be able to take advantage of any future constitutional amendments recognizing aboriginal self-government rights.

The government has explained this aspect of its policy (reaffirmed by a Cabinet decision announced in February 1990) as maintaining equity between Indian groups with self-government arrangements negotiated either within or without the claims settlement process. In the absence of a constitutional amendment generally protecting self-government rights, the federal government argues that it would be unfair to allow some groups to have such protection just because they happened to have

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

negotiated their right to self-government through a claims settlement. However, it may be too late to avoid such inequity. A provincial court decision *(Eastmain Band* v. *Gilpin)* respecting the *Cree-Naskapi (of Quebec) Act* held that the self-government rights of the Crees under the Act, having been promised by the James Bay and Northern Quebec Agreement, were made constitutional by s. 35(3) and that "any change to the Natives' existing rights would be legal only if brought about by a constitutional amendment." From the aboriginal viewpoint, land and self-government are inseparable issues. Georges Erasmus, National Chief of the Assembly of First Nations, has said:

> Land, and jurisdiction over land, go hand and hand [sic]. We have been pressing for fair land settlement to provide the basis for an economically viable life for our people, but we have also insisted on our right to aboriginal self-government over that land. By this, we mean our right to exercise jurisdiction over our traditional lands, resources, and people.(17)

Before the Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples, National Chief Georges Erasmus suggested that federal officials were willing to agree to a reversal of this policy position in return for the cooperation of aboriginal people in permitting early debate of the Meech Lake Accord in the Manitoba Legislature (Minutes of Proceedings and Evidence, Issue No. 8:81).

CONCLUSION

A number of fundamental differences between government and native parties' approaches to land claims issues have led to conflicts over many elements of claims policy. For example, from the indigenous perspective, the existence of continuing aboriginal title is not in doubt and requires a settlement on the future relations between the parties on a government-to-government basis (in the sense of inter-Canadian governments). The federal government acknowledges the possibility of existing aboriginal title for the purpose of claims negotiations but argues against

---

(17) *Ibid.*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

it in court. Though the federal government acknowledged, in its 1986 revised statement of claims policy, that comprehensive claims settlements are more than mere real estate transactions, it regards aboriginal title as a property issue to be dealt with largely independently of self-government issues; aboriginal claimant groups are seen as private landholders of settlement lands rather than as government landholders. Further, the federal government insists on extinguishment of aboriginal title throughout any traditional lands not retained under aboriginal control by the settlement agreement.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

STATUS OF NATIVE LAND CLAIMS

(based on information received from the
Department of Indian Affairs and Northern Development)

COMPREHENSIVE CLAIMS (AS OF JULY 1990)

Settled Claims	3
- Cree and Inuit (Quebec)	
- Naskapi (Quebec)	
- Inuvialuit (NWT)	
Claims in Negotiation	6
- Nisga's Tribal Council	
- Labrador Inuit Association	
- Conseil Attikamek Montagnais	
Dene Nation/Metis Assoc. of NWT	
- Tungavik Federation of Nunavut	
- Council for Yukon Indians	
Accepted Claims	19
Rejected Claims	4
Claims Under Review	6
Action Suspended at Request of Claimants	1
Anticipated Claims	10

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SPECIFIC CLAIMS (AS OF 30 MARCH 1990)

Claims Resolved:

- Settlements Achieved	44	
- Rejected	44	
- Administrative Referral	69	
- Closed File	48	
Total Claims Resolved:		205

Claims in Process:

- Settlement Process	6	
- Approved Negotiating Mandate	15	
- Development of Mandate	51	
- Under Justice Review	73	
- Under Specific Claims Review	130	
Total Claims in Process:		275

Claims in Other Status

- Suspended	21	
- Under Litigation	22	
- Claimant reassessment	55	
Total Claims in Other Status		98

Total Band Claims Submitted to Date: 578

Étude générale

BP-237F

LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AUTOCHTONES

Wendy Moss
Peter Niemczak
Division du droit et du gouvernement

Septembre 1990
Révisé en juillet 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1992

Cat. No. YM32-2-237-1991-07E

ISBN 0-660-14537-5

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES REVENDICATIONS TERRITORIALES AUTOCHTONES

INTRODUCTION

À notre époque, les revendications territoriales autochtones vont bien au-delà des questions juridiques ayant strictement trait à l'existence des droits de propriété collectifs des autochtones. Elles ne visent pas uniquement, ni principalement, à établir quel montant d'indemnité financière serait approprié pour compenser des droits fonciers existants ou la valeur de terres dont les autochtones auraient été indûment dépossédés. Quoiqu'une telle indemnité en soit un élément important, la question des revendications territoriales autochtones se révèle souvent aussi vaste que celle des "droits autochtones" eux-mêmes. Les autochtones soutiennent qu'en plus des questions de droits fonciers en suspens, une foule d'autres questions concernant leurs droits politiques ne sont pas encore réglées, bien qu'elles datent de l'époque coloniale, et qu'elles ont été largement méconnues depuis la Confédération.

La politique gouvernementale mentionne deux types de revendications territoriales: les revendications particulières et les revendications globales. Les revendications particulières sont définies comme étant des revendications relatives au non-respect d'obligations juridiques précises du gouvernement fédéral (non-respect de dispositions de traités relatives au droit à des terres de réserve, par exemple). La politique fédérale actuelle permet le règlement de ce type de revendications au moyen de concessions territoriales ou d'indemnités financières.

Les revendications globales sont essentiellement constituées d'un élément juridique et d'un élément factuel. La prétention défendable du droit à un titre autochtone non éteint, reposant sur la démonstration que le territoire en question n'est pas visé par un traité, qu'il n'a fait l'objet d'aucun règlement en vertu d'une autre revendication et qu'il n'a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pas été aboli par l'État, constitue l'élément juridique. L'élément factuel réside dans la démonstration que le territoire revendiqué par le groupe demandeur a été utilisé et occupé traditionnellement et de manière continue depuis des "temps immémoriaux".

L'envergure des revendications territoriales actuelles ressort clairement dans le cas de celles s'appuyant sur un titre ancestral non éteint, où il est possible de prouver l'existence d'un "intérêt traditionnel continu"(1). En l'occurrence, les négociations portent généralement sur l'octroi de diverses formes d'indemnités (compensation monétaire, terres) et de garanties juridiques se rapportant à l'utilisation des ressources, au contrôle des institutions locales (conseils scolaires, par exemple) et à la reconnaissance d'une voix au chapitre concernant la réglementation des questions d'intérêt local, tel l'environnement. Les autochtones croient que ces négociations devraient aussi nécessairement porter sur la question globale de l'autonomie gouvernementale. En vertu de sa politique actuelle, le gouvernement fédéral refuse d'aborder cette question, car il veut éviter l'enchâssement dans la Constitution de toute forme d'entente sur l'autonomie gouvernementale reposant sur le paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les droits des autochtones, y compris ceux se rapportant à leurs titres fonciers, peuvent être définis de façon très générale comme étant des droits pré-existants appartenant aux peuples autochtones de notre continent. Ces droits existaient avant les premiers contacts avec les Européens et ils ont survécu, à un degré indéterminé, à l'établissement et aux affirmations de souveraineté des Euro-Canadiens. Dans le contexte du fédéralisme canadien, les droits autochtones définissent les rapports qu'entretiennent, individuellement et collectivement, les peuples autochtones avec le gouvernement fédéral et les provinces. L'une des plus importantes questions sur laquelle la Cour suprême ne s'est pas encore prononcée expressément consiste à savoir dans quelle mesure les peuples autochtones ont encore une souveraineté résiduelle, si celle-ci a jamais

---

(1) *La politique de revendications globales*, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1986.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

existé. Cette question revêt plus d'importance que jamais depuis l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et affirme l'existence de "droits ancestraux ou issus de traités". Après l'entrée en vigueur de l'article 35, aucune des conférences des Premiers ministres tenues entre 1983 et 1987, où l'on devait tenter de clarifier la question des droits autochtones, n'a abouti à une entente concernant la définition de ces droits, et surtout pas concernant celle du droit à l'autonomie gouvernementale.

Certains juristes de renom estiment qu'aucune théorie cohérente n'explique de manière satisfaisante comment la souveraineté sur les peuples autochtones et leurs terres s'est réalisée dans les critères du droit international du XIX^e siècle. Ils allèguent que la doctrine juridique internationale sur laquelle s'est appuyé le refus de reconnaître aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination est douteuse, compte tenu de la similarité de leur expérience coloniale avec certains peuples du tiers monde et des motifs invoqués dans le cas de ces derniers pour justifier la reconnaissance de leur droit à l'autodétermination à titre de droit humain fondamental(2).

La question se complique évidemment en raison du fait que les autochtones ne forment pas un seul et unique peuple. Les autochtones se sont toujours définis entre eux comme formant des tribus, des nations ou des "peuples" ayant des cultures distinctes. Les divers groupes qu'ils constituent ont subi la colonisation à différentes époques, et le traitement de la question des droits autochtones pré-existants, par les colonisateurs et le gouvernement fédéral, n'a pas toujours été le même d'une région à l'autre.

Les revendications territoriales autochtones tiennent essentiellement au fait que les gouvernements coloniaux et ceux d'après la Confédération n'ont pas su établir avec précision et adéquatement la nature et la portée des droits des autochtones en matière de territoires, de ressources et d'autonomie politique. Le professeur Sanders de la faculté

---

(2) Par exemple, E.S. Gordon Bennet, *Aboriginal Rights in International Law*, Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, 1978.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

de droit de l'Université de la Colombie-Britannique signale que l'élaboration de la théorie coloniale sur les droits des autochtones du Canada a été circonstancielle et qu'elle a suivi la progression de la colonisation vers l'Ouest; selon lui, les doctrines juridiques sur lesquelles on s'appuie pour expliquer l'acquisition de terres et l'exercice de la souveraineté ne visent qu'à justifier les actions du gouvernement après le fait:

> Les divers pouvoirs utilisés par les Européens pour établir leurs colonies dans le nouveau monde après 1492 ne reposaient sur aucune théorie colonialiste ni sur une des lois régissant les droits des populations autochtones. La question des droits autochtones n'a été soulevée en Espagne qu'après la conquête de ses territoires. La théorie britannique a été inspirée de la pratique. Les premières concessions britanniques sur la côte est de l'Amérique du Nord ne faisaient mention ni de la question des droits autochtones ni même de la présence de populations autochtones(3).

Il signale en outre que même quand la politique coloniale au sujet des droits autochtones a fait l'objet d'un ensemble de principes reconnus et qu'elle a finalement été codifiée dans la proclamation royale de 1763, elle a été appliquée de façon incohérente par les gouvernements coloniaux et ceux d'après la Confédération(4). Il suffit pour s'en rendre compte de regarder une carte qui montre la large part du Canada qui est visée par des ententes de traités et la large part qui ne l'est pas.

La nature juridique exacte du titre autochtone n'a pas encore été établie par les tribunaux. C'est donc dans un vaste contexte juridique assez mal défini que se déroulent les négociations relatives aux revendications. La Cour suprême du Canada n'a eu que très peu d'occasions de se prononcer sur des questions relatives aux titres autochtones et, lorsqu'elle l'a fait, elle a été spécialement avare de conclusions. Les

---

(3) Douglas Sanders, *Aboriginal Self-Government in the United States*, Étude générale n° 5, *Aboriginal Peoples and Constitutional Reform*, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, Kingston, 1985, p. 3 (traduction).

(4) Douglas Sanders, "Native People in Areas of Internal National Expansion," 1974, *Saskatchewan Law Review*, n° 38, p. 63.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

choses pourraient changer au cours des cinq prochaines années, quelques revendications de titres autochtones minutieusement préparées, encore que très généralement étayées, étant actuellement soumises à l'examen des tribunaux. La cause Gitskan-We'tsuwe'ten *(House of Dela'am U'ukw* c. *La Reine)*, dont est actuellement saisie la Cour suprême de la Colombie-Britannique, est l'une de celles qui soulève les questions les plus complexes qu'un tribunal canadien n'ait jamais eu à trancher dans ce domaine du droit. Dans cette affaire, les plaignants autochtones essaient d'invoquer certains aspects ethnocentriques du droit se rapportant aux titres autochtones et d'expliquer comment l'évolution du droit en cette matière a été intrinsèquement influencée par un parti-pris culturel; ils prétendent en outre que la doctrine juridique classique à cet égard doit être revue lorsqu'on aborde les revendications contemporaines.

Jusqu'à maintenant, la Cour suprême du Canada a confirmé que le titre autochtone est un concept juridique qui fait partie de la *common law* du Canada - sans cependant établir dans quelle mesure le territoire canadien y est toujours assujetti. Il est évident que ce titre ne peut être cédé ou vendu qu'à la Couronne. Fait à noter, la Cour suprême affirme que sa source est ailleurs que dans les lois ou dans d'autres formes de reconnaissance gouvernementale - autrement dit, qu'il dérive d'un "droit pré-existant". Elle estime qu'il constitue un intérêt foncier qui va au-delà du droit d'utilisation ou d'occupation. La Cour c'est cependant montrée très prudente, hésitant à s'avancer plus loin dans la description de la nature de ce titre; à son avis, il ne peut être aisément défini selon les termes traditionnels du droit régissant la propriété *(Canadian Pacific Ltd.* c. *Paul,* [1989] 1 C.N.L.R. 47; *Guérin* c. *La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335).

Un fait demeure. Nous avons hérité d'une politique des droits territoriaux autochtones qui a évolué au fil du temps et de doctrines juridiques mal définies à cet égard; d'importantes parties de la Colombie-Britannique, du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest ainsi que d'autres régions du pays ne sont visées par aucun traité, et aucun ensemble précis de décisions juridiques ne nous éclaire sur la nature et la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

substance du titre autochtone, ni sur les conditions dans lesquelles il subsiste et s'éteint.

Depuis le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans le pourvoi *Calder* c. *A.G. of British Columbia* [1973] R.C.S. 313, reconnaissant que le concept de titre autochtone fait partie de la *common law* du Canada, le gouvernement fédéral a eu pour politique de négocier certaines des revendications territoriales mises de l'avant par les autochtones. Le processus de négociation prévu dans le cadre de la politique fédérale sur les revendications globales permet aux parties de régler le différend par voie administrative. Les litiges auxquels le gouvernement fédéral est disposé à faire droit sont, essentiellement, ceux qui, aux yeux du ministère fédéral de la Justice, ont un fondement juridique permettant de justifier un règlement à l'amiable. S'il y est disposé, le ministère des Affaires indiennes a le mandat de négocier un règlement concernant toute revendication jugée "valable" et d'allouer des fonds pour permettre au demandeur de documenter sa preuve. Depuis 1973, la politique fédérale établit une distinction entre les "revendications particulières" (revendications découlant d'obligations fédérales en vertu de traités ou en vertu de la gestion, par le gouvernement fédéral, de biens appartenant aux Indiens, par ex., des terres faisant partie d'une réserve et les fonds appartenant à une bande) et les "revendications globales" (revendications reposant sur des titres fonciers non éteints). La politique actuelle en matière de traitement des revendications particulières a été énoncée en 1982 dans le document intitulé *En toute justice* (1981). Elle a été révisée en mars 1987. Certains de ses aspects ont alors été modifiés, mais la plupart sont demeurés intacts.

Jusqu'à maintenant, le ministère a accepté de négocier vingt-huit revendications globales. On déplore souvent l'intolérable lenteur du processus de règlement, certaines revendications étant en cours de négociation depuis 15 ans. Sur les trois ou quatre règlements récents, un seul a véritablement été obtenu par l'intermédiaire du processus de règlement des revendications globales, soit le règlement de la revendication de l'Arctique de l'Ouest. Les règlements obtenus par les Cris, les Inuit et les Naskapis, dans le nord-est du Québec, sont le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

résultat de négociations indépendantes entreprises au début des années 70. Il se peut qu'ils aient servi d'inspiration à la politique actuelle.

Le nombre de revendications particulières pouvant faire l'objet de négociations actives n'est pas forcément limité, mais en pratique, il est restreint par les budgets approuvés chaque année pour le règlement de ce genre de revendications.

Dans la collectivité autochtone, on est très mécontent de la politique sur les revendications globales et particulières. Malgré un examen, en 1985, et une "révision", en 1986, la politique des revendications globales ne diffère pas vraiment de ce qu'elle était au moment de son adoption en 1973. De nombreux observateurs affirment que certains volets du processus de règlement des revendications globales devraient être gérés ou, au moins, surveillés par un organisme indépendant. Par ailleurs, divers intervenants réclament de plus en plus la création d'un tribunal indépendant qui serait chargé d'étudier les revendications particulières. Certains en concluent qu'au train où vont les choses, il faudra atteindre le prochain siècle et même davantage avant qu'on ne règle la question des revendications globales et des revendications particulières.

POLITIQUE DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

Les revendications particulières ont été décrites de façon succincte par le juge La Forest, qui est maintenant à la Cour suprême du Canada:

> Une revendication particulière est essentiellement une allégation faite par les Indiens selon laquelle la Couronne, par l'entremise de ses employés ou mandataires, a commis une faute d'administration à l'égard de questions touchant les Indiens ou a violé un traité et doit en conséquence verser réparation(5).

---

(5) Gérard La Fore., *Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Indian Claims*, rédigé pour le Bureau des revendications des autochtones, MAIN, 1979, p. 9 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dans l'énoncé de la politique fédérale relative aux revendications particulières, publié en 1982 et intitulé *Dossier en souffrance*, le gouvernement fédéral se disait prêt à traiter deux grandes catégories de revendications particulières. La première catégorie consiste en revendications fondées sur des "obligations légales" que le gouvernement fédéral n'a pas respectées (par exemple un manquement à une obligation découlant d'un traité, à des obligations découlant de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres lois, à des obligations découlant de la mauvaise administration ou de la cession illégale des terres indiennes ou des fonds appartenant aux bandes).

La deuxième catégorie de revendications particulières est liée aux situations où les intérêts indiens dans les réserves ont été lésés, mais sans que cela ne crée une obligation légale pour le Canada; cette catégorie semble se limiter à deux situations précises:

1) défaut de compensation à l'égard de terres indiennes prises ou endommagées par le gouvernement fédéral ou tout organisme relevant de son autorité (par exemple les revendications relatives aux terres retranchées en C.-B. ou les expropriations à des fins publiques);

2) fraude commise dans l'acquisition ou l'aliénation de terres indiennes par des employés ou mandataires du gouvernement fédéral, dans les cas où la preuve peut en être clairement établie.

Le troisième élément important de la politique de 1982 est l'engagement du gouvernement fédéral à examiner chaque cas selon son bien-fondé et de ne pas soulever des objections juridiques techniques (prescription, règle du retard indu) pour refuser de négocier une revendication. Cependant, le gouvernement s'est réservé le droit d'invoquer de telles objections devant les tribunaux et semble se prévaloir de ce droit dans le cadre de négociations pour contester la revendication faite(6).

---

(6) Vic Savino, *The "Blackhole" of Specific Claims in Canada: Need it Take Another 500 Years?*, document présenté lors de la conférence de l'Association du Barreau canadien, Winnipeg, avril 1989, p. 12.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Depuis la publication de *Dossier en souffrance*, les services du ministère des Affaires indiennes et du Nord chargés des revendications ont été réorganisés. Le processus de traitement des revendications particulières prévu dans *Dossier en souffrance* est le même, sauf que la Direction des revendications particulières a remplacé l'ancien Bureau des revendications des autochtones; c'est cette Direction qui reçoit, qui évalue et qui négocie les revendications particulières.

D'après les données diffusées par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 47 revendications particulières ont été "réglées" en ce sens que des ententes ont été conclues avec les groupes concernés. D'autres revendications ont été réglées dans une certaine mesure, mais le degré de satisfaction des groupes autochtones n'est pas évident. Par exemple, 44 revendications ont été rejetées et 69 ont été transférées du processus de traitement des revendications particulières à d'autres services du ministère ("renvoi administratif"), tandis que dans 52 autres cas, le ministère ne prendra aucune autre mesure avant d'obtenir plus de renseignements de la part des requérants ("dossier fermé"). Compte tenu de ces chiffres, le ministère indique que 212 des 606 revendications présentées ont été "réglées". Sur les 394 qui restent, 292 sont "en cours de traitement" (en train de faire l'objet de négociations) et 102 ont un "autre statut" (c'est-à-dire qu'elles sont en suspens, font l'objet d'un différent ou d'une nouvelle évaluation du groupe ayant formulé la revendication)(7).

Le ministre des Affaires indiennes, M. Siddon, a déclaré qu'il souhaitait que les revendications foncières particulières en suspens fassent l'objet d'un règlement équitable d'ici la fin du siècle, tandis que le premier ministre a récemment fait part de l'intention du gouvernement d'accélérer le processus de règlement, tant dans le cas des revendications particulières que globales.

Un communiqué récent du ministère des Affaires indiennes donne certains détails sur le projet du gouvernement de créer une

---

(7) En date du 10 juillet 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Commission sur les revendications particulières et un groupe de travail conjoint Indiens-gouvernement qui auraient pour rôle de conseiller le gouvernement sur différentes questions relatives aux revendications particulières, dont le fonctionnement de la commission(8). Il est dit dans le communiqué qu'une commission sur les revendications particulières indiennes sera créée par décret, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, à titre d'organisme indépendant et qu'"une bande peut avoir recours à la Commission si elle n'est pas d'accord avec la décision du ministre de ne pas accepter sa revendication pour négociation. La Commission présenterait ses recommandations au gouverneur en conseil à savoir si la bande a su démontrer que le Canada avait toujours une obligation légale envers la bande conformément à la politique des revendications particulières". Le groupe de travail serait composé de personnes nommées par le ministre des affaires indiennes et le ministre de la Justice et d'un nombre égal de membres nommés par le Comité des chefs sur les revendications particulières. Le communiqué annonce aussi un changement d'orientation important, soit que le gouvernement est maintenant disposé à étudier les revendications particulières touchant la période d'avant la Confédération, une concession que le défenseurs des droits des autochtones réclament depuis longtemps.

La proposition du gouvernement ne modifie pas le processus existant, si ce n'est qu'elle y ajoute des étapes. Ainsi, il serait possible de faire étudier par la Commission des décisions ministérielles concernant la validité de certaines revendications particulières, sans toutefois que la recommandation de la Commission soit exécutoire. La Commission pourraitaussi être chargée d'examiner les critères utilisés pour déterminer le versement d'une indemnité, si un groupe de requérants en faisait la demande, et de formuler des recommandations à ce sujet. Il reste qu'un requérant insatisfait d'une recommandation de la Commission ou d'une décision du gouvernement pourrait toujours porter sa cause devant un tribunal. La Commission fonctionnerait donc comme un comité de révision plutôt comme un arbitre, c'est-à-dire qu'elle n'aurait pas le pouvoir de

---

(8) Affaires indiennes et du Nord Canada, *Communiqué* nº 1-9135, 25 avril 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

lier une partie ou l'autre par sa décision. Il semble que le mandat de la Commission fera l'objet d'une étude par un groupe de travail conjoint Indiens-gouvernement dont la mise sur pied est annoncée dans le même communiqué. Entre autres tâches, le groupe de travail pourrait étudier ce les points suivants:

- la définition d'une revendication particulière;
- les critères de validité;
- les critères d'indemnisation;
- le fonctionnement de la Commission sur les revendications particulières;
- la participation des provinces au processus de règlement des revendications particulières.

Ainsi, les recommandations du groupe de travail pourraient porter sur la question de savoir, par exemple, si la Commission devrait avoir un pouvoir décisionnel et si des aspects importants de la politique relative aux revendications (comme la définition de "revendication particulière") devraient être modifiés. Les activités du groupe de travail pourraient susciter des modifications encore plus substantielles de la politique et du processus, si le gouvernement donnait son accord à des recommandations en ce sens. La création d'un tribunal et d'un groupe de travail comptant des représentants autochtones chargés de donner leur avis sur son fonctionnement est, à certains égards, compatible avec une des recommandations du Comité de l'Association du Barreau canadien, contenues dans son rapport de 1988, *Les droits des autochtones au Canada: Du défi à l'action*. Cependant, cette recommandation prévoyait qu'un tribunal de revendications particulières serait investi d'une certaine fonction d'arbitrage. Bien que le groupe de travail soit une forme de consultation, on a accusé le gouvernement d'utiliser le biais des comités de chefs et des groupes de travail pour passer outre aux consultations avec l'Assemblée des premières nations.

Une des premières mesures arrêtées afin d'établir une Commission des revendications particulières des Indiens a été annoncée par le ministère des Affaires indiennes dans un communiqué: M. Harry S. La Forme, membre de la bande indienne des Mississaugas de New Credit, a été

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

nommé à la direction de la Commission et entreprendra ses nouvelles fonctions le 5 août 1991(9).

POLITIQUE DES REVENDICATIONS GLOBALES

Le gouvernement fédéral a une politique des revendications globales depuis 1973, mais il l'a rendue plus explicite en 1981 par la publication d'un énoncé de principe intitulé *En toute justice*. Depuis 1973, il s'est signé trois conventions relatives à des revendications globales (ententes définitives), qui sont présentement en application:

1. la Convention de la Baie James et du Nord québécois (1975);
2. la Convention du Nord-Est québécois (1978);
3. la Convention définitive des Inuvialuit (1984).

En 1990, une entente définitive avec les Dénés et les Métis des T. N.-O., ainsi qu'une entente-cadre avec le Conseil des Indiens du Yukon ont été conclues. Une entente de principe a été conclue avec la Tungavik Federation of Nunavut. L'entente avec les Indiens du Yukon attend d'être ratifiée par les collectivités concernées, tandis que celle avec les Dénés et les Métis a échoué parce qu'elle n'a pas été ratifiée.

Le gouvernement fédéral vient de supprimer la limite imposée sur le nombre de revendications recevables à négocier. En effet, la politique et le processus de règlement des revendications globales ont été sévèrement critiqués. En réponse aux critiques très répandues, le gouvernement fédéral a créé, en 1985, un groupe d'étude dirigé par Murray Coolican, pour examiner la politique des revendications globales. Le "Rapport Coolican", intitulé *Traités en vigueur: ententes durables*, a été déposé à la Chambre en décembre 1985.

A. Le rapport Coolican

Le rapport Coolican recommandait la reformulation des objectifs de la politique du gouvernement fédéral et, plus précisément,

---

(9) Affaires indiennes et du Nord Canada, communiqué nº 1-9173, du 15 juillet 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'abandon du principe de l'extinction complète des droits ancestraux et de l'idée que les peuples autochtones et leurs droits entravent la croissance économique nationale. Il proposait que ces objectifs soient remplacés par une nouvelle perspective en vertu de laquelle le règlement des revendications serait vu comme un moyen de négocier un contrat social qui concilierait les besoins et les droits des sociétés autochtones et ceux des gouvernements qui doivent établir avec certitude les droits de propriété foncière et assurer la mise en valeur des terres et des ressources.

Le rapport Coolican renfermait un certain nombre de recommandations précises qui sont résumées ici:

- permettre d'autres solutions que l'extinction complète des droits ancestraux;
- garantir la participation des autochtones aux décisions concernant la gestion des terres et des ressources;
- inclure les droits extracôtiers dans les négociations;
- accepter le principe du partage des recettes tirées des ressources;
- permettre la mise en oeuvre de certaines mesures avant la conclusion d'un accord ainsi que l'examen périodique et l'ajustement des règlements (avec recours à l'arbitrage, au besoin);
- reconnaître le besoin d'adapter les avantages découlant des ententes en fonction des besoins et des possibilités économiques;
- nommer un commissaire aux revendications territoriales des autochtones qui surveillerait toutes les étapes du processus et ferait rapport au Parlement, au besoin;
- utiliser des ententes-cadres pour s'assurer que les deux parties s'entendent, avant le début des négociations, sur les éléments essentiels que devrait contenir le règlement et sur un échéancier pour les négociations et la mise en oeuvre(10).

---

(10) *Northern Perspectives*, vol. 15, n° 1, janvier-avril 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. L'énoncé de politique de 1986 relatif aux revendications territoriales globales

En décembre 1986, l'honorable Bill McKnight, ministre des Affaires indiennes et du Nord, annonçait l'adoption d'une politique révisée des revendications, dont le texte intégral a été publié en mars 1987. Le gouvernement réaffirmait son engagement à régler les revendications territoriales globales par la voie de la négociation d'ententes devant déterminer clairement les titres de propriété des terres et le droit d'en exploiter les ressources dans les régions où les titres ancestraux n'ont pas fait l'objet de traités et n'ont pas été clairement annulés par la loi.

L'un des changements importants est que le gouvernement n'exige plus que les groupes autochtones acceptent l'extinction de *tous* les droits, titres et intérêts ancestraux. Les seuls droits ancestraux auxquels ils devront renoncer sont les titres de propriété des terres et des ressources et le droit de les utiliser. Les autres droits ancestraux ne sont pas touchés par la politique, dans la mesure où ils sont définis par le processus constitutionnel ou reconnus par les tribunaux. Le gouvernement voudra obtenir un titre de propriété clair, et deux solutions sont possibles. Les groupes autochtones pourront:

> céder tous les titres ancestraux dans la région faisant l'objet du règlement en échange de terres ou de droits fonciers dans une région sur laquelle les parties se seraient entendues;
>
> ou décider de
>
> céder leurs droits ancestraux sur certaines terres situées dans la région revendiquée, tout en conservant leurs titres ancestraux sur d'autres terres choisies.

Dans les deux cas, les autochtones pourront exercer d'autres droits définis dans toute la région revendiquée.

La politique de 1986 contient également les éléments suivants:

- Le fait que les négociations des revendications territoriales sont autre chose que des transactions foncières est reconnu.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- La portée des négociations doit être déterminée au préalable par des ententes-cadres.

- Aucune terre ne sera accordée dans les régions que se disputent différents groupes autochtones (chevauchement des revendications).

- Les négociations des droits de cueillette (chasse, pêche, piégeage) pourront également porter sur les zones extracôtières.

- On pourra négocier des droits de cueillette préférentiels pour les demandeurs autochtones sur les terres de la Couronne qui sont inoccupées. On pourra également négocier des droits de cueillette exclusifs sur certaines terres, de même que des droits préférentiels pour certaines espèces animales dans la région visée par la revendication.

- On pourra accorder des droits tréfonciers sur certaines terres de la Couronne fédérale et sur les terres visées par la revendication.

- On pourra négocier le partage des recettes tirées des redevances sur les ressources (y compris les ressources extracôtières), mais on pourra imposer des limites quant aux sommes d'argent ainsi qu'à la durée des ententes ou prévoir un pourcentage décroissant. Le partage des recettes ne sera pas assorti de droits de propriété à l'égard des ressources et ces sommes pourront être déduites du montant de l'indemnité monétaire.

- On pourra négocier la participation des autochtones à la gestion de l'environnement. Ceux-ci pourront notamment être membres de comités consultatifs ou d'autres organismes semblables ou participer aux travaux d'organismes gouvernementaux qui ont des pouvoirs de décision.

- Il est reconnu que l'autonomie gouvernementale des collectivités peut faire l'objet de négociations, mais que l'autonomie gouvernementale doit respecter les principes constitutionnels et les pratiques gouvernementales existantes. L'autonomie gouvernementale pourra être réalisée par le transfert de pouvoirs, mais la plupart des éléments de ces ententes ne seront pas garantis par la Constitution, à moins qu'une modification à cet effet ne soit en vigueur.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- On encourage la participation des provinces aux négociations et les provinces devraient contribuer aux règlements en échange de titres de propriété clairs.

- Il est reconnu que des mesures provisoires appropriées doivent être prises pour protéger les intérêts des autochtones pendant la négociation des revendications.

- Les règlements ne doivent pas porter atteinte aux intérêts de tierces parties; on doit assurer, notamment, la chasse de subsistance par des autochtones, le divertisement du grand public, etc.

- On avertira les requérants de l'acceptation ou du rejet de leurs revendications dans un délai de 12 mois.

- Les négociations d'ententes-cadres seront entreprises lorsque le ministre jugera que les négociations ont de bonnes chances d'aboutir et que le règlement des revendications est prioritaire et lorsque l'on pourra obtenir la participation nécessaire des provinces et des territoires.

- Le ministre doit être convaincu que le groupe a le mandat de négocier au nom des requérants.

- Les ententes finales seront assorties d'un plan de mise en oeuvre.

- Un comité d'orientation en matière de revendications territoriales, composé de sous-ministres adjoints des organismes et ministères intéressés, sera créé et aura pour mandat de suivre toutes les étapes du processus de négociation et de donner des conseils aux ministres.

C. Réponse des autochtones au rapport Coolican et à l'énoncé de politique de 1986

Le rapport Coolican a été favorablement accueilli par la quasi-totalité des groupes autochtones, mais l'énoncé de politique de 1986 a été critiqué au motif qu'il n'est pas tellement différent des énoncés antérieurs, et aussi pour les raisons suivantes:

- il ne traite pas des difficultés que pose la distinction entre les revendications particulières et les revendications globales;

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- il retient le concept de l'annulation du titre ancestral par la loi (par exemple, par des concessions de terres locales);

- il ne traite pas de la question des conflits d'intérêts (le gouvernement fédéral décide quelles revendications feront l'objet de négociations, il juge de leur validité juridique et il contrôle le processus du début jusqu'à la fin et cela, tout en étant partie aux négociations et en ayant des intérêts à protéger);

- il ne prévoit pas de processus de modification des règlements ni la nomination d'un commissaire aux revendications territoriales des autochtones, ce que recommandait le rapport Coolican.

Selon une étude réalisée en décembre 1986 pour l'Assemblée des premières nations (APN), l'énoncé de politique de 1986 et les politiques fédérales en matière d'autonomie gouvernementale ainsi que les stratégies de modification constitutionnelle viseraient à éliminer les responsabilités du gouvernement fédéral à l'égard des peuples autochtones. L'APN est d'avis que l'énoncé de politique de 1986 ne s'éloigne pas beaucoup des politiques antérieures à l'égard des titres ancestraux.

POLITIQUE DES REVENDICATIONS

Les critiques que les autochtones formulent au sujet du processus établi pour présenter leurs revendications territoriales et en négocier le règlement, qu'il s'agisse de revendications particulières ou globales, n'ont pas changé au cours des ans. Un certain nombre d'organismes les appuient d'ailleurs à ce sujet. Après avoir analysé la politique relative aux affaires autochtones dans un document intitulé *Les droits des autochtones: Du défi à l'action*, que l'Association du Barreau canadien a adopté lors de sa réunion annuelle de 1989, un comité de l'Association en est arrivé à la conclusion qu'une révision des politiques s'imposait avant que des discussions constructives et sérieuses puissent avoir lieu.

Les peuples autochtones n'ont jamais accepté comme équitables et raisonnables bon nombre d'aspects fondamentaux et procéduraux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

des deux politiques sur les revendications. Nous exposerons ici brièvement quelques-unes de leurs doléances.

A. Distinction entre revendications particulières et revendications globales

Une des choses qu'on reproche à la politique relative aux revendications est de ne pas faire une distinction nette entre revendica-tions particulières et revendications globales. C'est là un des éléments majeurs du litige qui oppose le gouvernement fédéral à la bande du lac Lubicon et qui continue de faire couler beaucoup d'encre. Les Indiens du lac Lubicon furent oubliés lors de la négociation du traité n° 8 en 1899 et la promesse formulée en 1949 de leur donner une réserve ne cesse depuis de traîner et de susciter des controverses.

Un aspect fondamental du différend tient à la position qu'a adoptée le gouvernement fédéral: ce dernier soutient en effet que le traité n° 8 a entraîné l'extinction du titre de la bande du lac Lubicon, parce que le territoire auquel devait s'appliquer le traité englobe les terres de celle-ci. Dans l'optique du gouvernement, la revendication de cette bande est essentiellement une revendication aux termes d'un traité et donc une revendication particulière. Son obligation se limite donc à une indemnisa-tion qui sera fixée conformément aux dispositions du traité de 1899. La bande estime, par contre, qu'un titre ancestral subsiste à l'égard de ses terres et, qu'elle a, de ce fait, une revendication globale pouvant, à l'instar des ententes modernes, faire l'objet d'un règlement plus large.

B. Conflits d'intérêts

Dans la citation suivante du Rapport de l'Association du Barreau Canadien au sujet du processus de règlement des revendications particulières, plusieurs des critiques adressées au processus de règlement des revendications globales sont reprises:

> Les dirigeants autochtones ont exprimé à maintes reprises leur perception de nombreuses situations de conflit d'intérêts dans lesquelles la Direction générale des revendications particulières peut se trouver. Tout d'abord, le MAIN, qu'on considère être la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> source de plusieurs des revendications déposées, est responsable d'en évaluer la "validité". Ensuite, ce même ministère contrôle l'accès à la procédure et au financement. Enfin, le ministère agit comme défenseur du gouvernement fédéral, lors de la négociation des ententes relatives aux compensations avec les Indiens requérants. De surcroît, le ministère a également des responsabilités fiduciaires envers les Indiens pour protéger "les Indiens et les terres réservées aux Indiens", en vertu du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle(11).

Un certain nombre d'organismes qui, ces dernières années, ont examiné la politique fédérale en matière de revendications territoriales se sont intéressés plus particulièrement au processus de revendication et aux problèmes qu'il pose, notamment à cause des questions de conflit d'intérêts et des progrès extrêmement lents dans le règlement des deux types de revendications. Certaines revendications font l'objet de de négociations depuis plus de 15 ans. Plusieurs groupes, dont des organisations autochtones, estiment qu'on pourrait accélérer et rendre beaucoup plus équitable le processus de règlement des revendications territoriales, notamment dans le cas des revendications particulières, si l'on faisait intervenir à certains égards une tierce partie neutre. Nombre d'organismes ont recommandé la création d'un organisme quasi judiciaire qui rendrait une décision au sujet des revendications territoriales particulières. Le dernier en liste est l'Association du Barreau canadien qui recommande, dans son rapport, que:

> Après des consultations approfondies avec les peuples autochtones, en ayant peut-être recours à un groupe d'étude comme celui qui a servi à élaborer la nouvelle politique sur les revendications globales, le gouvernement fédéral devrait procéder, par voie législative, à la création d'un Tribunal des revendications particulières qui aurait un mandat clair pour décider du règlement de ces revendications.

Le juge La Forest, dans un rapport remis au gouvernement en 1979, en arrivait à la conclusion que:

> Le besoin d'être et de paraître impartial et de donner une impression de finalité dans le règlement des

---

(11) *Les droits des autochtones au Canada: Du défi à l'action*, p. 61-62.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> revendications indiennes plaide fortement en faveur de la création d'un organisme indépendant en dehors des structures ministérielles pour le règlement de revendications particulières(12).

Quant aux revendications globales, elles se prêtent moins à ce genre de démarche; un règlement acceptable risque de dépendre d'un certain nombre de questions complexes, tel le type de mesure législative qui sera appliquée sur le territoire visé par le règlement, questions qui sont davantage du ressort politique que judiciaire ou administratif. Au fil des ans, certains ont toutefois recommandé de créer un organisme indépendant qui se chargerait d'attribuer aux groupes présentant des revendications globales les fonds devant les aider à documenter leurs revendications et à se préparer en vue de négociations. La question du financement s'est posée récemment dans le cadre des négociations avec les Dénés et les Métis des Territoires du Nord-Ouest. En mai 1991, le Comité permanent des affaires autochtones de la Chambre des Communes a recommandé que soit mis sur pied un organisme indépendant chargé de conseiller le gouvernement quant aux revendications particulières et globales à accepter. Le Comité a aussi recommandé au gouvernement fédéral, compte tenu des consultations avec les groupes autochtones, de:

- Créer un tribunal indépendant du gouvernement et capable de se prononcer sur la validité des revendications particulières et de recommander le montant de la compensation à verser chaque fois qu'une revendication est jugée valide.

- Confier à un organisme indépendant le soin de surveiller et d'examiner l'application de la politique et des ententes relatives aux revendications, afin de s'assurer qu'elle a lieu de façon équitable.

- Créer un service national de médiation, indépendant du ministère des Affaires indiennes et du Nord et du ministère de la Justice, qui se composerait de médiateurs spécialisés choisis avec l'accord de toutes les parties intéressées dans chaque région du pays. Grâce à leurs compétences, ces médiateurs feraient en sorte

---

(12) *Report on Administrative Processes for the Resolution of Specific Indian Claims*, rédigé pour le Bureau des revendications autochtones, MAIN, 1979, p. 64 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> que les conflits locaux relatifs à l'utilisation des terres ne dégénèrent pas en différends de plus grande envergure(13).

Au Canada, les propositions préconisant la création de commissions chargées d'examiner les revendications et d'autres formes de participation pour de tierces parties ne datent pas d'hier. Ainsi, des Comités mixtes du Sénat et de la Chambre des communes ont, de 1946 à 1948 et de 1959 à 1961, recommandé la mise sur pied d'une Commission d'étude des revendications des Indiens. Le projet de loi visant à établir cette commission est toutefois mort au Feuilleton en 1963 et en 1965. Une Commission d'étude des revendications des Indiens a finalement été créée en 1969. Elle était constituée d'un seul commissaire, M. Lloyd Barber, et n'avait que des pouvoirs consultatifs. Elle a finalement été démantelée. Or, de l'avis des organisations autochtones, cette commission n'avait aucun pouvoir et, de ce fait, était inefficace.

En juin 1989, le gouvernement fédéral chargeait un "commissaire aux traités" de se pencher sur les questions en suspens à l'égard des traités en Saskatchewan. Dans un rapport présenté en mai 1990, le commissaire Wright formulait des recommandations quant aux façons de faciliter le règlement des droits territoriaux issus de traités (une catégorie de revendications particulières) en Saskatchewan. Le gouvernement fédéral considère le recours à un commissaire aux traités et le rapport sur la Saskatchewan comme des initiatives dont d'autres groupes à l'origine de revendications fondées sur des traités pourraient bénéficier.

Le rapport de la Commission des Indiens de l'Ontario sur la politique relative aux revendications territoriales des autochtones, *Discussion Paper Regarding First Nations Land Claims*, a conclu qu'essentiellement, on avait le choix entre la négociation et l'arbitrage pour régler les revendications. La Commission des Indiens de l'Ontario, un organisme indépendant, a été créée par décrets conjoints fédéral-

---

(13) Chambre des communes, *L'été de 1990*, Cinquième rapport du Comité permanent des affaires autochtones de la Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages, fascicule nº 59, mai 1991, p. 32.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

provincial en 1978 en vue de faciliter le règlement de questions intéressant mutuellement le Canada, l'Ontario et les Premières nations, notamment les revendications territoriales. La Commission était favorable à l'idée qu'une commission indépendante comme elle-même soit investie des pouvoirs nécessaires pour amener les parties à négocier sans perdre de temps.

Voici ce que dit la Commission des Indiens de l'Ontario dans son rapport: Les Premières nations redoutent de voir le tribunal qui sera établi s'inspirer trop fidèlement des pratiques et des procédés du système judiciaire. C'est, semble-t-il, ce qu'on reproche le plus à la commission sur les revendications indiennes des États-Unis, qui s'est modelée sur le système accusatoire et n'a joué qu'un rôle passif d'audition des preuves (p. 87).

Les modèles de négociation et d'arbitrage comportent tous deux des avantages et des désavantages. Doug Sanders a constaté la possibilité pour les commissions sur les revendications de devenir des modèles élitistes de changement, ne faisant aucune place au consensus. D'un autre côté, il remet aussi en question les hypothèses qui, selon lui, sous-tendent la politique fédérale qui privilégie les négociations, c'est-à-dire:

1. les négociations supposent qu'on s'entend sur les revendications qui doivent être réglées;

2. le gouvernement est toujours déterminé à régler les revendications;

3. les gouvernements s'organisent adéquatement pour négocier les règlements;

4. la partie autochtone et la partie gouvernementale ont des pouvoirs de négociation égaux(14).

Sanders s'interroge sur le principe que la négociation et sur la meilleure méthode pour régler des revendications. D'après lui, si nous sommes

---

(14) Document de fond pour l'Association du Barreau canadien, Comité spécial sur la justice autochtone, en 1988: *The Australian Aboriginal Land Commissioner*, à être publié sous peu.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

vraiment déterminés à régler certaines de ces revendications, il ne fait aucun doute que nous avons besoin de nouvelles institu-tions(15). Il compare aussi la lenteur extrême du règlement des revendications au Canada avec la célérité du travail du Commissaire aux terres autochtones en Australie, et il déplore le fait que le Canada n'ait pas d'institution pour donner suite aux engagements lorsque les gouvernements fédéraux et provinciaux changent.

C. Abolition du titre ancestral

Il existe, entre le gouvernement et les autochtones, des divergences d'opinion fondamentales quant au but approprié du processus de règlement des revendications. Les gouvernements veulent absolument en arriver à l'abolition du titre ancestral. De leur côté, les autochtones s'opposent vivement à la notion même de l'abolition et considèrent plutôt la négociation des revendications comme l'occasion pour les parties en cause de s'entendre sur les conséquences pratiques du titre ancestral. À cet égard, le chef national de l'Assemblée des premières nations, Georges Erasmus, a déclaré ce qui suit:

> Nous nous sommes opposés à l'abolition pour bien des raisons: nos titres ancestraux découlent de la propriété du territoire; l'abolition rompt nos liens avec le passé et fait en sorte que, à l'avenir, nos droits découleront de concessions gouvernementales. Nos droits s'en trouveraient transformés en des privilèges. De plus, l'abolition rend impossible le retour à nos droits ancestraux advenant que le gouvernement ne respecte pas ses engagements. Nous nous y opposons, enfin, parce qu'elle est inutile(16).

L'abolition du titre ancestral est souvent perçue par les défenseurs des droits des autochtones comme l'abolition d'un aspect du droit inhérent à l'autodétermination, et non seulement d'un droit foncier.

---

(15) *Ibid.*

(16) George Erasmus, "Twenty Years of Disappointed Hopes", Introduction à *Drum Beat, Anger and Renewal in Indian Country*, Boyce Richardson, (éd.), Toronto, Summerhill Press et Assemblée des premières nations, 1989, p. 17 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

D. "Primauté du droit" sur le titre ancestral

La politique fédérale en matière de revendications territoriales vise à traiter seulement certaines revendications relatives aux titres ancestraux. Par exemple, le gouvernement fédéral refuse en général de reconnaître la validité des revendications relatives aux titres ancestraux dans la plupart des provinces Maritimes et dans certaines parties de la Colombie-Britannique, sous prétexte que la loi prévaut sur les titres ancestraux. Le gouvernement prétend que les mesures prises par les gouvernements avant et après la Confédération en ce qui a trait à l'octroi de terres pour la colonisation, à l'octroi de terres au moyen de lettres patentes, à l'octroi de droits à des tiers et la mise de côté de terres pour des réserves indiennes ont eu pour effet d'annuler et d'éteindre implicitement les titres ancestraux à l'égard de toutes les terres autres que les réserves indiennes. Cette position est l'un des éléments les plus controversés de la politique fédérale en matière de revendications. Cette vue controversée de la manière dont le titre ancestral pouvait être aboli avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'a récemment soutenue la Cour suprême de la Colombie-Britannique (mars 1991), dans l'affaire *Delgamuukw* v. *The Queen*, sera fortement contestée.

L'idée de la primauté du droit sur le titre ancestral imprègne aussi l'une des conditions que le gouvernement fédéral pose avant d'accepter de négocier une revendication globale, à savoir que le groupe en cause démontre l'utilisation et l'occupation non seulement traditionnelles mais actuelles du territoire revendiqué. Des revendications des bandes Sechelt et Musqueam en Colombie-Britannique ont été rejetées pour cette raison.

Cette exigence pose plusieurs problèmes aux requérants autochtones. Le degré d'utilisation par des non-autochtones susceptible d'aboutir au rejet n'est pas clair. Il va de soi que l'utilisation et l'occupation *exclusives* ne sont pas requises, sinon peu ou point de revendications seraient possibles. L'énoncé de politique de 1986 ne donne aucune indication à ce sujet et des autochtones prétendant que cette exigence de l'utilisation et l'occupation actuelles est un élément nouveau

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dont l'énoncé de politique de 1981 sur les revendications globales, *En toute justice*, ne faisait pas état.

La bande Sechelt a fait valoir que cette politique désavantage particulièrement les bandes établies près de centres urbains et pénalise les autochtones qui, en respectant le droit contesté des non-autochtones tout en cherchant à faire reconnaître leurs propres droits au sein du système, se sont efforcés de respecter la loi. Dans une lettre adressée à l'honorable William McKnight le 1er septembre 1988, le Conseil de bande Sechelt déclarait:

> Nous avons traditionnellement observé les lois à mesure qu'elles étaient adoptées et fait de notre mieux, en tant que peuple, pour adapter notre mode de vie à celui de nos nouveaux voisins[...] C'est pourquoi les Sechelts se sont retirés sur ces petits lopins de terre - qu'on appelait autrefois les réserves indiennes - à la demande du gouvernement fédéral. Il semblerait maintenant que nous soyons sur le point d'être gravement pénalisés pour avoir observé la loi. Nous pratiquons toujours la chasse et la pêche, par exemple, mais nous le faisons conformément à la loi canadienne afin de ne pas provoquer de conflits sur l'étendue des droits autochtones. Le gouvernement fédéral est-il en train de nous dire que si, à l'encontre de la loi, nous pratiquions la chasse et la pêche et occupions d'autres manières nos terres traditionnelles nos revendications seraient reconnues? Je vous demanderais d'examiner attentivement ce que sous-entend cette attitude pour le moins curieuse et plutôt disgracieuse (traduction).

E. Exclusion des ententes sur l'autonomie gouvernementale des accords sur les revendications territoriales

L'énoncé de politique de 1986 sur les revendications globales stipule que "une nouvelle disposition permettant de négocier un éventail plus large de questions relatives à l'autonomie gouvernementale" en fait partie intégrante. Il mentionne aussi, toutefois, que les ententes relatives à l'autonomie gouvernementale négociées dans le cadre des revendications globales ne seront garanties par la Constitution que si un amendement constitutionnel en ce sens est en vigueur. Cela indique que, pour éviter l'enchâssement en vertu du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le gouvernement préfère négocier des ententes distinctes

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sur l'autonomie gouvernementale. Ce paragraphe stipule que la reconnaissance et l'affirmation des droits existants issus de traités au paragraphe 35(1) comprend "les droits existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis".

Les Accords finals conclus au Yukon et aux Territoires du Nord-Ouest sont des exemples de la façon dont cet aspect de la politique relative aux revendications a été appliqué jusqu'ici. Chacun d'eux prévoit la négociation d'ententes distinctes sur l'autonomie gouvernementale. La délégation de l'autorité fédérale est envisagée et les accords comportent une disposition précisant que ces ententes sur l'autonomie gouvernementale ne doivent pas être considérées comme des droits ancestraux et des droits issus de traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les deux groupes à l'origine des revendications pourront toutefois se prévaloir de tout amendement constitutionnel ultérieur par lequel les droits des autochtones à l'autonomie gouvernementale seraient reconnus.

Le gouvernement a expliqué que cet aspect de sa politique (confirmé par une décision du Conseil des ministres annoncée en février 1990) assure le traitement équitable des groupes d'Indiens qui ont négocié, dans le cadre du processus de règlement des revendications territoriales ou non, des ententes d'autonomie gouvernementale. En l'absence d'un amendement constitutionnel garantissant de manière générale les droits à l'autonomie gouvernementale, le gouvernement fédéral fait valoir qu'il serait injuste de permettre à des groupes de jouir de cette protection simplement parce qu'ils se sont trouvés à négocier leur droit à l'autonomie gouvernementale dans le cadre du règlement de leurs revendications. Il est peut-être trop tard, toutefois, pour éviter cette injustice. Dans une décision *(Bande d'Eastmain* c. *Gilpin)* concernant la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, un tribunal provincial a décidé que le paragraphe 35(3) rendait constitutionnels les droits à l'autonomie gouvernementale des Cris prévus dans cette Loi puisqu'ils étaient promis dans la Convention de la Baie James et du Nord québécois et que tout changement apporté aux droits existants des autochtones ne serait légal que s'il se faisait par voie d'amendement constitutionnel. Aux yeux des autochtones le territoire et

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'autonomie gouvernementale vont de pair. Selon le chef national de l'Assemblée des premières nations, Georges Erasmus:

> Le territoire et la juridiction sur celui-ci vont de pair. Nous avons lutté ferme pour obtenir le règlement équitable de nos revendications territoriales afin d'assurer à notre peuple une situation économique viable, mais nous avons aussi insisté sur le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones sur ce territoire. Nous entendons par là le droit d'exercer la juridiction sur nos terres traditionnelles, nos ressources et notre population(17).

Devant le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, Georges Erasmus a laissé entendre que les autorités fédérales étaient disposées à accepter de revenir sur cette politique à condition que les peuples autochtones collaborent en laissant l'Assemblée législative du Manitoba amorcer rapidement le débat sur l'Accord du lac Meech (*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 8:81).

CONCLUSION

Des divergences fondamentales entre le gouvernement et les groupes autochtones sur la façon d'aborder les problèmes que posent les revendications territoriales ont donné lieu à des conflits sur nombre d'éléments de la politique relative aux revendications. Du point de vue des autochtones, par exemple, l'existence ininterrompue du titre ancestral ne fait aucun doute, de sorte que la négociation de l'entente sur les relations futures entre les parties doit se faire de gouvernement à gouvernement (au sens de gouvernements internes du Canada). Le gouvernement fédéral reconnaît la possibilité de titres ancestraux existants aux fins de la négociation des revendications territoriales, mais s'en défend devant les tribunaux. Tout en reconnaissant, dans son énoncé de politique révisé de 1986 sur la politique des revendications, que le règlement des revendications globales n'est pas une simple transaction foncière, le gouvernement

---

(17) *Ibid.* (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fédéral considère les titres ancestraux comme une question de propriété qu'il faut la plupart du temps traiter en dehors des questions d'autonomie gouvernementale; les groupes autochtones qui revendiquent des territoires sont perçus comme des détenteurs privés de terres conférées par une entente et non comme des détenteurs de terres gouvernementales. D'autre part, le gouvernement fédéral insiste sur l'abolition du titre ancestral sur toute terre ancestrale que l'entente ne place pas sous le contrôle des autochtones.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SITUATION DES REVENDICATIONS TERRITORIALES AUTOCHTONES
(fondé sur des renseignements reçus du ministère des Affaires indiennes et du Nord)

REVENDICATIONS GLOBALES (EN JUILLET 1990)

Revendications réglées	3
- Cris et Inuit (Québec)	
- Naskapi (Québec)	
- Inuvialuit (T. N.-O.)	
Revendications en voie de négociation	6
- Conseil de la Tribu Nisga	
- Association Inuit du Labrador	
- Conseil Attikamek Montagnais	
- Association de la Nation Déné et des Métis des T. N.-O.	
- Fédération Tungavik de Nunavut	
- Conseil des Indiens du Yukon	
Revendications acceptées	19
Revendications rejetées	4
Revendications à l'étude	6
Mesures suspendues à la demande des requérants	1
Revendications prévues	10

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

REVENDICATIONS PARTICULIÈRES (AU 30 MARS 1990)

Revendications réglées

- Règlements conclus	44	
- Rejets	44	
- Renvois à une autre instance administrative	69	
- Fermetures de dossiers	48	
Nombre total de revendications réglées:		205

Revendications en voie traitement

- Revendications en voie d'être réglées	6	
- Mandat de négociation approuvé	15	
- À l'étape de l'élaboration du mandat	51	
- À l'étude au ministère de la Justice	73	
- À l'étude à la D.G. des revendications particulières	130	
Nombre total de revendications en voie de traitement:		275

Autres revendications

- Revendications suspendues	21	
- Revendications faisant l'objet d'un litige	22	
- Revendications réévaluées par les requérants	55	
Nombre total d'autres revendications:		98

Nombre total de revendications présentées à ce jour par les bandes: 578